



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Penal

Área de conocimiento: Derecho Penal

Curso 2016/2017

**La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
Especial referencia a la reforma del artículo 31 bis
CP de 2015**

Blanca Sánchez Ungría

Tutora: Laura Zúñiga Rodríguez

Junio 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Penal

Área de conocimiento: Derecho Penal

**La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
Especial referencia a la reforma del artículo 31 bis
CP de 2015**

**The criminal responsibility of legal persons.
Special reference to the reform of article 31 bis CP
2015**

**Blanca Sánchez Ungría
u145517@usal.es**

Tutor/a: Laura Zúñiga Rodríguez

RESUMEN

Hasta hace unas décadas se negaba cualquier tipo de sanción a las personas jurídicas, pero la creciente criminalidad económica surgida en grandes y poderosas empresas ha provocado la necesidad de adoptar medidas eficaces contra estos nuevos sucesos y poder evitar o aminorar los riesgos y los perjuicios sociales.

En el caso de España, la introducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha ido evolucionando hasta la consagración definitiva por la LO 5/2010, que introdujo un sistema de regulación penal independiente al de las personas físicas. Cinco años más tarde, la LO 1/2015 incorpora nuevas modificaciones en cuanto a la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por no existir, o ser insuficientes, métodos de prevención y control de delitos, así como otras novedades respecto a la exigencia de una adecuada cultura corporativa que permitirán liberarla de castigo cuando concurren determinados requisitos.

Por ello, la finalidad demandada es conseguir la transparencia en los negocios y en las actividades que realicen las sociedades para evitar la comisión de fraudes y actos ilícitos por su parte.

PALABRAS CLAVE: criminalidad empresarial, persona jurídica, atribución de responsabilidad, debido control, programas de cumplimiento.

ABSTRACT

Until some decades ago, any type of sanctions against legal persons was denied, but the growing economic crime that has arisen in large and powerful companies has led to the need to take effective measures against these new events in order to avoid or reduce social risks and damages.

In Spain, the introduction of the criminal liability or responsibility of legal persons has evolved until the final consecration by LO 5/2010, which introduced a system of criminal regulation independent of that of natural persons. Five years later, LO 1/2015 incorporates new changes in the attribution of criminal responsibility to legal entities for lack of methods of crime prevention and control, as well as other developments regarding the requirement of An adequate corporate culture that will allow to release of punishment when certain requirements concur.

Therefore, the aim is to achieve transparency in business and in the activities carried out by companies to avoid fraud and illegal acts.

KEYWORDS: Business crime, legal person, attribution of responsibility, adequate control, compliance programmes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
1. RESEÑA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LA NECESIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA ABORDAR LA GRAN CRIMINALIDAD EMPRESARIAL	8
1.1. LOS PROBLEMAS DE LA COMPLEJA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL ..	8
1.2. LA CLAVE DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES	10
1.3. DERECHO COMPARADO	12
1.3.1. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	13
1.3.2. FRANCIA.....	13
1.3.3. ALEMANIA	14
1.3.4. ITALIA.....	14
1.3.5. CHILE	15
1.4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA	15
2. DIFERENCIA ENTRE LOS MODELOS DE HETERORESPONSABILIDAD Y AUTORESPONSABILIDAD	17
2.1. EL SISTEMA VICARIAL O DE TRANSFERENCIA O POR REPRESENTACIÓN, O DE HETERORRESPONSABILIDAD.	17
2.2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO O AUTORRESPONSABILIDAD.	20
3. CAMBIOS ESTRUCTURALES DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 31 BIS CP	22
3.1. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	23
3.2. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL.....	25
3.3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	27
3.3.1. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES.....	27
3.3.2. EXIMENTES INCOMPLETAS	29
3.3.3. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN	30
3.3.4. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES	32
3.3.5. EXCLUSIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL	32
3.4. PENAS Y SANCIONES.....	33
4. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE PROGRAMS	35
4.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	35

4.2. LA RELEVANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.....	36
4.3. ESTRUCTURA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	37
4.4. EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO.....	37
4.5. ÓRGANOS DE CUMPLIMIENTO.....	39
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURIDICAS	40
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÓN

El principio “societas delinquere non potest” ha dejado de ser el eje y la inspiración del derecho penal. ¿La causa? La necesidad de castigo y responsabilidad de las personas jurídicas debido a la gran evolución que la criminalidad organizada ha experimentado. Con mayor frecuencia los delitos se cometen en el ámbito empresarial, participando en la vida económica bajo el antifaz de negocios legales y lesionando importantes bienes jurídicos que ocasionan un gran daño social.

Por ello la importancia de considerar y regular a las personas jurídicas como sujetos independientes susceptibles de sanción, que es de lo que se han ocupado los ordenamientos jurídicos en los últimos años, entre ellos España, con el fin de prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Precisamente, el objetivo de mi trabajo es explicar la reforma del CP operada por la LO 1/2015 de 30 de Marzo, y en concreto el artículo 31 bis, el cual responsabiliza penalmente a las personas jurídicas tanto por los delitos cometidos por la propia empresa como por no haber implantado las medidas pertinentes y necesarias de control y gestión. La metodología utilizada es la siguiente:

En primer lugar, analizaré los problemas provocados por la criminalidad empresarial y la demanda de numerosos instrumentos jurídicos internacionales de cooperar y homogeneizar las legislaciones de los estados miembros con el fin de luchar contra los ilícitos penales y proteger sus intereses financieros.

En segundo lugar, centraré mi atención en la evolución de España para explicar las novedades legislativas en cuanto a la regulación penal de las personas jurídicas, así como las diferentes posturas suscitadas que defienden dos modelos de atribución de responsabilidad diferentes.

En tercer lugar, explicaré de manera detallada los cambios estructurales del artículo 31 bis CP y los efectos que pueden derivarse de esta nueva regulación, los delitos que las personas jurídicas pueden cometer y las sanciones a imponer, los diferentes modos de atribución de responsabilidad así como las circunstancias que pueden modificar su responsabilidad penal con especial atención a los programas de cumplimiento por ser una gran novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

En último lugar, expongo brevemente la primera Sentencia del Tribunal Supremo que responsabiliza penalmente a las personas jurídicas en España.

Finalizo mi artículo con las conclusiones obtenidas de esta investigación, que me ha ayudado a comprender más y mejor un mundo inmenso y desconocido, a la par de importante e interesante.

Para el análisis de este trabajo, he consultado diversas fuentes, especialmente libros sobre la criminalidad organizada, sobre derecho comparado, comentarios y análisis sobre la reforma del CP de 2015, sobre los programas de cumplimiento y sobre las sanciones aplicables a los entes jurídicos.

También he utilizado, aunque de manera más breve, tesis doctorales para abordar los diferentes modelos de atribución de responsabilidad que existen en España.

Asimismo he consultado artículos de libros y textos legislativos para ampliar más mis conocimientos y por resultar útiles y necesarios para abordar la reforma del artículo 31 bis.

Considero adecuado terminar la introducción con la conclusión más importante de mi trabajo, que no es otra que estar a favor de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, por las necesidades socioeconómicas, políticas y jurídicas del mundo actual. La realidad social ha cambiado, ahora los delitos se pueden cometer por un amplio abanico de oportunidades y se necesita una mayor eficacia y protección de los bienes jurídicos, y esta no se puede conseguir si no regulamos de alguna manera las actuaciones ilícitas de las personas jurídicas, que es el medio idóneo de cometer infracciones. Por lo que, aunque los criterios de responsabilidad penal no puedan ser los mismos para las personas jurídicas que para las personas físicas, la diferencia no exige ausencia de alguno de ellos.

1. RESEÑA POLÍTICO CRIMINAL SOBRE LA NECESIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA ABORDAR LA GRAN CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

1.1. LOS PROBLEMAS DE LA COMPLEJA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL

Para poder abordar este inmenso y complejo tema que hoy en día está presente de manera patente en todo el mundo es necesario examinar cuáles son las razones y los indicios, en suma, el origen, que ha llevado finalmente a los legisladores de decenas de países a incluir y regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, en mayor o menor medida.

La actuación de las empresas en el mundo de los negocios, ligada a su importancia en la actualidad, las relaciones entre ellas así como su gran complejidad interna debido a su estructuración, se ha ido desarrollando desmesuradamente en los últimos tiempos. En palabras de JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ *“todos estos hechos han provocado que muchos delitos económicos tengan que ver con las empresas, sus empresarios y sus actividades, ocasionando perjuicios que lesionan la competencia y al consumidor o distorsionando la transparencia de los mercados”*¹.

Así pues, la criminalidad que se lleva a cabo en empresas, ya sean creadas de manera lícita o ilícita con el fin exclusivo de cometer delitos socioeconómicos, está muy ligada a la criminalidad organizada, debido a que la utilización de persona jurídica, de entes colectivos organizados, suele ser el medio idóneo utilizado por parte de los delincuentes para poder cometer sus delitos tales como el tráfico de drogas, blanqueo de capitales, estafa, etc². Y precisamente una de las razones que causan esta posible actuación criminal de grupo es la división de trabajo, las jerarquías, que provoca la difícil, incluso a veces imposible, individualización de las personas físicas, aprovechando y cometiendo así los sujetos que la integran la comisión de delitos en el seno de organizaciones criminales. Sin olvidarnos del impacto que la globalización o el avance en las nuevas tecnologías, entre otros, ha podido tener en este campo.

¹ JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PEREZ, A.L., *La reforma penal de 2015: Análisis de las principales reformas introducidas en el CP por las leyes orgánicas 1 y 2/2015*, Dykinson, Madrid, 2015, pg. 46.

² ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003, pg.48.

Zúñiga Rodríguez sostiene que “*la pertenencia al grupo haría que las personas se arriesguen a realizar conductas más peligrosas, que las que realizarían de no pertenecer al grupo*”³. Es como si las personas se sintieran amparadas o con fuerza y justificación para actuar de manera incorrecta cuando están agrupadas en un sistema, que de encontrarse ante la posibilidad de actuar solas.

Además hay que añadir el problema de que tradicionalmente se consideraba a las personas jurídicas carentes de capacidad de acción, de manera que las personas físicas eran las únicas que podían cometer delitos. A esto se sumaba que eran entendidas como una ficción, y por ello, era imposible poder culpabilizar a las personas jurídicas⁴.

Sin embargo, el interés político criminal y la finalidad preventiva de dar solución a todas aquellas conductas que lesionaban bienes jurídicos fue el motivo por el cual se fue abriendo paso en los países del Common Law (Estados Unidos e Inglaterra) a la idea contraria que el tradicional principio *societas delinquere non potest* inculcaba; y de la misma forma sucedió en Canadá, Nueva Zelanda y Australia. La demanda social así lo reclamaba.

Más tarde, la incriminación de las personas jurídicas se extendió a Europa. Así Holanda en 1976 emprendió dicha reforma, y en los años 90 numerosos estados siguieron la misma trayectoria: en 1991 en Gran Bretaña, Irlanda y Noruega; en 1993 en Islandia, en 1994 se reforma el Código Penal francés, incorporándose al tiempo Finlandia en 1995; en 1996 Eslovenia y Dinamarca; Estonia en 1998; Alemania y Bélgica en 1999; Suiza y Polonia en 2003; y Portugal en 2007. Nuestro ordenamiento jurídico español también acogió dicha responsabilidad a partir de la reforma del CP operada por la LO 5/2010 de 22 de Junio.

Antes de adentrarme en derecho comparado y mostrar su trayectoria, debo argumentar que todos estos cambios fueron consecuencia de innumerables escándalos financieros y

³ Para realizar dicha afirmación, la autora se ha basado en la Psicología social y moderna que estudia este tipo de agrupaciones, afirmando a mayores que *los grupos no son una suma de sus miembros, sino un ente distinto con sus reglas y dinamismo propios*, dando lugar así a un sujeto distinto e independiente donde las lesiones a bienes jurídicos no son consecuencia de los actos de una sola persona, sino de *la interrelación de innumerables conductas*. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003, pgs. 69 y 70.

⁴ AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pg 54. Quien además señala los motivos que justifican la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y que explicaré a lo largo del trabajo, tales como la presión social, la presión de los textos internacional y la exigencia a las empresas de una cultura de cumplimiento.

de corrupción por parte de corporaciones que exigían ser limitados. Me refiero en este sentido al caso Enron⁵, WorldCom⁶, Lehman Brothers ⁷(sucidos en Estados Unidos), Petrobras⁸ y Odebrecht⁹ (en Brasil) así como otros muchos ocurridos en Europa tales como Parmalat¹⁰ (Italia), Siemens o Volkswagen¹¹ (en Alemania).

1.2. LA CLAVE DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Aunque a finales del siglo XVIII las personas jurídicas participaban de manera más activa en el tráfico jurídico, el postulado *societas delinquere non potest*, que antes he señalado, seguía predominando en muchas legislaciones negando así la responsabilidad penal a las personas jurídicas. No así en otras tantas como los países del derecho anglosajón o Common Law. En este sentido sería conveniente citar a dos autores muy significativos con posturas doctrinarias diferentes: Savigny y Gierke. El primero consideró a las personas jurídicas como una ficción, pudiendo actuar solo en el derecho

⁵ Enron fue una empresa fundada en 1985 debido a la fusión de las empresas Houston Natural Gas e InterNorth. La empresa originariamente se dedicaba a la administración de gasoductos así como a la transmisión de energía eléctrica. Fue renombrada internacionalmente por ser una de las empresas más cotizadas de los Estados Unidos. Sin embargo, este caso es uno de los fraudes empresariales más conocidos a nivel mundial, por malos manejos contables y financieros, así como por una inadecuada administración de los recursos energéticos que manejaba. En la investigación iniciada contra ella se observó, además, la falta de cultura ética dentro de la empresa, el deseo de beneficio a toda costa y el disfraz de la deuda generada que perjudicó a empleados, accionistas y empresas vinculadas a ella.

⁶ WorldCom fue una de las empresas más grandes e importantes de Estados Unidos, significativa en el sector de las telecomunicaciones fundada en 1984 por Bernard Ebbers. En 2002 la SEC (Comisión de Mercados de Valores de EEUU) presenta cargos contra la compañía acusándola de fraude por ocultar sus verdaderas cuentas y por omitir normas de la ética empresarial con el fin de manipular los estados financieros y hacer creer a las personas que era una empresa óptima para invertir y así mantener un flujo de dinero constante. A esto se le conoce como corrupción.

⁷ Lehman Brothers fue una de las más importantes compañías de servicios financieros de Estados Unidos fundada en 1850 que operaba a nivel mundial. Como en los dos casos anteriores, fue declarada en quiebra en 2008 marcando la jornada más trágica de Wall Street, debido a la venta de “bonos basura”.

⁸ Petrobras fue la mayor empresa de petróleo de Brasil y Latinoamérica fundada en 1953. Fue investigada y acusada por corrupción y lavado de dinero, pago de sobornos... así como por un sinnúmero de problemas financieros y políticos que afectaban a figuras cercanas al gobierno.

⁹ Odebrecht es, nuevamente, uno de los mayores escándalos de corrupción de América Latina. Fue una constructora brasileña acusada de realizar sobornos a funcionarios públicos gubernamentales y políticos en varios países del mundo disfrazando el origen y el desembolso de estos mediante el traspaso de fondo por medio de una serie de compañías ficticias.

¹⁰ Parmalat era una empresa italiana que se convirtió en una multinacional del sector alimentario, conocida especialmente por sus productos lácteos, y que fue apoyada por los bancos más importantes del mundo. Sin embargo, se vio implicada en uno de los más grandes fraudes financieros cometidos por directivos y administradores dentro de la empresa, utilizando sociedades fantasma y derivados financieros para falsear su contabilidad y aumentar sus beneficios.

¹¹ En último término comentaré el caso Volkswagen, el fabricante de automóviles alemán que utilizaba un dispositivo de engaño cuando los automóviles pasaban una inspección técnica para falsear las emisiones contaminantes y así evadir las regulaciones sobre emisiones. El objetivo era ahorrar costes para la multinacional.

civil; el segundo se opuso a esta teoría considerando a la persona jurídica con poder para participar en la vida social¹².

Pero como ya he expuesto anteriormente, muchos fueron los instrumentos jurídicos internacionales que demandaban una respuesta penal para todos estos problemas, sin cabida legal. Por ello, entre dichos instrumentos podemos citar Reglamentos, Decisiones Marcos y Directivas Europeas, así como Convenciones y Organizaciones internacionales, como a continuación se expone, que presionaban a los estados miembros de las mismas para que castigaran y sancionaran a las personas jurídicas atendiendo a determinados delitos.

La justificación de esta introducción se basaba principalmente en considerar a estas corporaciones como núcleos principales de la delincuencia actual, aumentar la eficacia de los procesos penales así como motivarlas para la adopción de programas de buena conducta. Y es que, como indica ZUGALDÍA, “*aunque la persona física vaya a seguir siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica*”¹³.

Todo ello debe tratarse como una decidida apuesta de la UE por homogeneizar los instrumentos penales para lograr una Política Criminal más eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada, el terrorismo, el tráfico de drogas, la corrupción y el fraude de subvenciones europeas, principalmente¹⁴.

Así, a nivel europeo cabe citar la *Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa*¹⁵. A este le siguieron

¹² BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, B de F, Córdoba, 2016, pgs. 14 y 15.

¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”, Ministerio de Justicia Gobierno de España, 2011, Pg. 4. Recuperado de [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia de Jose Miguel Zugaldia Espinar.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292343731167?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia+de+Jose+Miguel+Zugaldia+Espinar.PDF)

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2003, pg. 140.

¹⁵ Uno de los instrumentos pioneros creados para luchar contra la criminalidad empresarial por todas aquellas infracciones que las personas jurídicas cometieran en el ejercicio de sus actividades. Este, así como la Decisión Marco 2003/568 o la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, fueron algunos de los antecedentes legales para que nuestro CP, en concreto el artículo 31 bis CP, obligara a las

diversas decisiones de la UE, todas ellas dirigidas a exigir a los estados miembros la introducción de sanciones para las personas jurídicas, tanto penales como administrativas, *eficaces, proporcionadas y disuasorias*. Pero este tema lo veremos en más profundidad más adelante. Así podemos destacar:

La Convención contra el soborno de la OCDE de 26 de mayo de 1997; la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo; la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Decisión Marco de la UE 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la 2005/222 sobre ataques a sistemas informáticos; la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (como la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transaccional de 2000; o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 2003)

En resumen, lo que se pretendía era propiciar un proceso de armonización de las legislaciones de los estados miembros *para proteger con eficiencia los intereses financieros de la UE y regular competitivamente el mercado común*¹⁶.

1.3. DERECHO COMPARADO

A modo de ejemplo y comparación, en este apartado examinaré la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en algunos países. Así, partiremos de EEUU como país base y precedente de la cuestión, y como inspiración al resto de ordenamientos jurídicos. En el ámbito europeo, Francia, Alemania e Italia cuyos modelos implantados para proteger, de una u otra forma, los intereses financieros del espacio común han servido de referencia a la posterior regulación de España, que abordaremos finalmente; no obstante, el sistema italiano es el más similar al implantado en nuestro país. También hablaré brevemente de Chile, con el fin de evidenciar la necesidad, cada vez en mayor medida, de sancionar penalmente a los entes jurídicos.

personas jurídicas a adoptar medidas eficaces de carácter interno para prevenir, evitar y descubrir los delitos que se pudieran cometer.

¹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., Bases para un modelo..., op., cit., pg. 150.

1.3.1. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema presente en **EEUU** desde el siglo XIX. En 1909 el TS a partir del caso *New York Central R. Co. v. United States* expandió y consagró un modelo de imputación para las personas jurídicas haciéndolas penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes o empleados, cuando éstos actúen en el ejercicio de sus funciones y con la intención de beneficiarla¹⁷. De manera que lo que este modelo pretende es una responsabilidad por el hecho de otro, puesto que la corporación solo puede actuar a través de tales personas. Y es que como indica BALCARCE y BERRUEZO “*el aumento de la criminalidad empresarial constituye un hecho que no puede ser menospreciado. Así en los EEUU, entre los años 1984 y 1987, se formularon más de 1.500 acusaciones contra empresas económicas, solo en los tribunales de distrito*”¹⁸.

A mayores, creo necesario señalar la importancia de otros muchos factores que han aparecido a lo largo de los años y que han influido en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto por su nacimiento en Estados Unidos como por su expansión al resto del mundo, como como por ejemplo los programas de cumplimiento, la autorregulación de las empresas... que más adelante explicaré de forma detallada.

1.3.2. FRANCIA

El Código Penal Napoleónico de 1810 consagró la responsabilidad penal personal provocando que durante mucho tiempo legislación y doctrina no admitieran la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun cuando la praxis exigía lo contrario¹⁹.

Finalmente, y tras reclamar cada vez con mayor frecuencia que los entes morales respondieran penalmente, el CP de 1994 reguló en su artículo 121-2 dicha responsabilidad: *Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente*

¹⁷ VILLEGAS GARCÍA, M.A., “Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América”. E-Prints Complutense, el repositorio de la producción académica en abierto de la UCM, Madrid, 2015, pg. 67.

Recuperado de <http://eprints.ucm.es/33361/1/T36458.pdf>

¹⁸ BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, B de F, Córdoba, 2016, pg. 13.

¹⁹ GÓMEZ CONTRERAS, M. A. y LICHTENBERG BARAONA, C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado”. Repositorio académico de la Universidad de Chile. 2012, pg. 58.

Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112839/de-g%C3%B3mez_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y

responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes.

Sin embargo, ha surgido un debate en la doctrina acerca de cómo considerar el modelo de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas; para la mayoría de la doctrina francesa es necesario que, para atribuirle responsabilidad penal a la persona jurídica, antes tienen que actuar sus órganos o representantes. Es lo que se denomina responsabilidad por reflejo por el hecho cometido por otro²⁰.

1.3.3. ALEMANIA

Influenciado por el resto de legislaciones, Alemania recoge también un modelo de imputación las personas jurídicas. Sin embargo, se discute sobre el establecimiento de una auténtica responsabilidad penal o una sanción penal-administrativa.

Sigue el modelo implantado por la Ley de Contravenciones e Infracciones Administrativas de 1976 (OwiG) que recoge una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el artículo 31. Pero dada la naturaleza y el carácter de las sanciones a imponer, es posible considerarlas como verdaderas sanciones penales en sentido amplio.

De esta manera, es posible imponer una multa a la empresa cuando sus órganos o representantes, mediante comportamientos delictivos o contravencionales, hayan vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación, o bien hayan producido o perseguido el enriquecimiento de la empresa²¹.

1.3.4. ITALIA

Italia, por su parte, promulga y recoge un modelo de responsabilidad administrativo-penal de las personas jurídicas en el Decreto Legislativo N° 231 de 8 de Junio del 2001. Las hace responder por los delitos que sus representantes o empleados cometieran en interés y por cuenta de la empresa, estableciendo así dos sistemas de atribución de responsabilidad.

²⁰ Ibid, pgs. 62 y 63.

²¹ DONAIRES SÁNCHEZ, P., “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado”, *Derecho y cambio social*, 2013, pg. 12.

Recuperado de [file:///C:/Users/Blanca/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadPenalDeLaPersonaJuridicaEnElDerecho-5490744%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Blanca/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadPenalDeLaPersonaJuridicaEnElDerecho-5490744%20(2).pdf)

1.3.5. CHILE

La Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, introduce por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el **derecho chileno**. Fue una de las principales consecuencias tras incorporarse a la OCDE. Aunque ya anteriormente había previsto sanciones para las corporaciones,

*La ley chilena acoge un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que exige la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica y que ésta haya contribuido al hecho por haberse organizado de un modo que favorece o, no impide ni dificulta, la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por "defecto de organización"*²².

1.4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Por último trataremos el caso de **España**, país que hasta el año 2010 no incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se mantenía de manera indiscutible el principio *societas delinquere non potest*, siendo las personas físicas las únicas que podían cometer delitos y ser sancionadas por ellos. Con la entrada en vigor del CP de 1995, se promulgaron dos artículos: el 129 relativo a la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a las personas jurídicas; y el 31, que según De la Cuesta (2001 citado en Gómez y Lichtemberg, 2012) “*reguló la responsabilidad por el actuar en nombre de otro, imputando a la persona física la posible responsabilidad penal derivada de la actuación a través de la persona jurídica*”²³.

Sin embargo, hasta la publicación de la LO 5/2010 de 22 de junio, por la cual se modifica el CP de 1995, no se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con independencia de la responsabilidad de las personas físicas. Es decir, por primera vez son consideradas sujetos de derecho, afectando así a una gran cantidad de delitos, sobre todo delitos socioeconómicos, donde éstas intervenían más frecuentemente.

²² HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. SciELO: Scientific Electronic Library Online.

Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-33992010000100005&script=sci_arttext

²³ GÓMEZ CONTRERAS, M. A. y LICHTEMBERG BARAONA, C. (2012). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado. Repositorio académico de la Universidad de Chile. Pg. 40.

Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112839/de-g%C3%B3mez_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 deja claro que *la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física*. Fija, además, dos vías para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas: *Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente considerando las circunstancias del caso concreto*.

Sin embargo, este modelo ha evolucionado con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015 de 30 de marzo, dotando con una nueva sistemática a la regulación que veremos en el tercer epígrafe.

Para ir finalizando diré que, al igual que encontramos legislaciones y doctrina que reclamaran la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aún siguen quedando atrás aquellos que no la exigen.

Los partidarios de reclamar la responsabilidad penal de las personas jurídicas consideran a las sociedades como sujetos de derechos con capacidad para ostentar facultades y obligaciones. Además reconocen que la responsabilidad penal de éstas se basa en el “defecto de organización” o autocontrol (como después explicaré) y que, las enormes dificultades a la hora de individualizar la responsabilidad de las personas física, provoca que sea la persona jurídica la que reúna esas condiciones o requisitos para ser sujeto activo del delito.

En contra de esta postura están los que consideran que las personas jurídicas no integran los requisitos para ser consideradas sujetos activos del Derecho Penal, por no tener capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni tampoco podersele aplicar una pena.

Ahora bien, aunque sea también sea partidaria de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, como señalan BALCARCE y BERRUEZO, *“la mera instrucción de la responsabilidad no soluciona el problema, sino que depende en gran medida del modelo de responsabilidad que se establezca para las personas jurídicas”*²⁴.

²⁴ BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*, B de F, Córdoba, 2016, pg. 50.

2. DIFERENCIA ENTRE LOS MODELOS DE HETERORESponsABILIDAD Y AUTORESponsABILIDAD

Considerando a la persona jurídica como sujeto capaz de ser responsabilizado penalmente y sufrir como consecuencia de ello una sanción, lo que ahora trata de hacer el legislador en esta nueva reforma operada por la LO 1/2015 es idear un sistema partiendo del ya establecido para las personas físicas, pero con criterios y características de imputación diferentes, lógicamente, porque los sujetos son ajenos.

Esta finalidad es la que busca el artículo 31 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero aunque éste no nos dé una definición de lo que es “persona jurídica” podemos acudir a la legislación mercantil y civil, pudiendo concluir así que abarca empresas, agrupaciones o entidades que ostenten personalidad jurídica.

Lo que aquí nos interesa señalar es que podemos destacar dos posibles sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero como establece AYALA DE LA TORRE “*la elección de uno u otro no es una mera construcción doctrinal, sino que tiene indudables e importantes consecuencias en la práctica*”²⁵. Por ejemplo, decidir quién corre con la carga de la prueba.

2.1. EL SISTEMA VICARIAL O DE TRANSFERENCIA O POR REPRESENTACIÓN, O DE HETERORRESPONSABILIDAD.

Para poder atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica en este modelo se requiere la previa actuación por parte de una persona física, siendo necesario para ello la existencia de un hecho de conexión.

Este es el modelo seguido y defendido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, siguiendo la línea de la Circular 1/2011 de la FGE. Ésta última entendía, antes de la reforma operada por la LO 1/2015, que *el artículo 31 bis no ha creado un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos de la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas (gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial) establece un vínculo a través del cual las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones*. Además dice que el modelo seguido por ese precepto es propio de un sistema vicarial o de transferencia, por tanto, no propone una responsabilidad automática ni independiente, y

²⁵ AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance*, op., cit., pg. 30

que en determinadas circunstancias las personas físicas encarnan el cerebro de las personas jurídicas, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquélla y, por tanto, la corporación debe responder por ellos²⁶. Si bien es cierto que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector de la doctrina, considerándolo incompleto y confuso en mucho de sus aspectos más esenciales, de ahí la importante modificación efectuada por la LO 1/2015 del artículo 31 bis, con la intención de aclarar el modelo establecido.

Por ello, vamos a centrarnos en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 para poder explicar este sistema, siendo preciso hacer un análisis en cuanto a su interpretación. Señala de antemano que *pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente*. Por tanto, sigue defendiendo un modelo vicarial o por transferencia, pese a que *la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor otorgado a los programas de organización*. Así continúa diciendo que *la persona jurídica propiamente no comete el hecho sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros*²⁷.

La razón estriba en seguir entendiendo que la responsabilidad penal de los entes jurídicos siempre llega a través de los comportamiento de las personas físicas, y esto porque el artículo 31 bis CP establece que “las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas, de manera que una vez cometido y acreditado el delito e individualizado la acción típica y antijurídica de la persona física, se deberá examinar si se cumplen los criterios de transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.

En contra de esta defensa se encuentra FEIJOO SÁNCHEZ por considerar que el CP ha establecido un modelo intermedio entre la autorresponsabilidad pura y el sistema vicarial, quedando excluidos ambos extremos. Además, critica esta objeción entendiendo que la persona jurídica es responsable *en relación* a los delitos cometidos por las personas físicas²⁸.

²⁶ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

²⁷ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pg. 4 y ss.

²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El delito corporativo en el CP español”, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pg. 88 y 90.

En coherencia con este pensamiento, considero que para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas es necesario la comisión de un delito por parte de una persona física, pero ésta responsabilidad no quiere decir que no sea autónoma e independiente de aquellas personas físicas. Es decir, tal y como expresa el autor anteriormente citado, “*a las personas físicas y a las personas jurídicas se les imputa el mismo hecho (soborno, estafa, vertido contaminante, etc.), pero las razones por las que responden son distintas*”.

Respecto a las novedades podemos señalar la incorporación y regulación de “modelos de organización y gestión” o “programas de cumplimiento normativo, de organización o de control” cuyo cumplimiento permite exonerar dicha responsabilidad, y por tanto, la pena. Es decir, la Circular considera que la persona jurídica será responsable por el delito cometido por un directivo o por un empleado que no ha sido debidamente controlado, vigilado o supervisado, no obstante, *quedará exenta de pena si resulta acreditado que posea un adecuado modelo de organización y gestión*²⁹. Para ello será la persona jurídica quien correrá con la carga de la prueba acreditando que dichos modelos de organización y gestión cumplieran con las condiciones y requisitos legales.

Todo esto guarda mucha relación con la valoración y probación de la *cultura de cumplimiento*, el *compromiso ético de la sociedad* que está siendo investigada en cada caso concreto, de manera que confirmados dichos compromisos, confirmada dicha exclusión de responsabilidad³⁰.

En este mismo sentido se encuentra GONZÁLEZ CUSSAC, determinando que el nuevo artículo 31 bis mantiene el mismo modelo de transferencia que el descrito en el anterior artículo 31 bis, es decir, un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad. Se mantiene una responsabilidad penal derivada y coprincipal de la persona jurídica, junto a la responsabilidad penal de la persona física. Considera que para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica se precisa la previa realización de un hecho

²⁹ Pg. 56. Para explicar todo ello, el punto 5.6 (pgs. 51 y ss) fija los “criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión” en relación a los requisitos exigidos en los apartados segundo y quinto del artículo 31 bis, así como la “naturaleza de la exención y carga de la prueba” en el epígrafe siguiente. Además, creo conveniente citar la página 43 de la Circular donde deja claro que: “no basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debido realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción”.

³⁰ En este sentido, es conveniente destacar la traducción casi literal que el legislador de 2015 ha tomado del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, en cuando a que estos códigos de buenas prácticas que las empresas deben adoptar eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones.

delictivo por parte de las personas físicas descritas en el artículo, es decir, un hecho de conexión bajo el cual poder derivar o contaminar esa responsabilidad³¹.

En conclusión, este modelo opta por considerar que las personas jurídicas van a ser penalmente responsables por los delitos cometidos por las personas físicas que actúan en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto. Es decir, tanto personas que ostenten el poder de representación, organización o control dentro de las mismas, como aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de ésta. De la misma manera van a ser responsables por los delitos derivados del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre las personas sometidas a su autoridad. Responden por hechos ajenos, por la transferencia de responsabilidad de las personas físicas.

2.2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO PROPIO O AUTORRESPONSABILIDAD.

Es la propia persona jurídica quien comete el hecho delictivo, su responsabilidad es autónoma e independiente de la que pudiera interponerse a la persona física. De esta manera, es posible solucionar aquellos supuestos en los que no se puede identificar a la persona física aun habiendo actuado en representación de la persona jurídica, o peor aún, como señala BALCARCE y BERRUEZO “*que incluso identificándola no se la puede hacer responsable por la aplicación de ciertas circunstancias que la eximen de responsabilidad*”³². Con esta propuesta se persigue la creación de un nuevo sujeto para el Derecho Penal.

En defensa de este modelo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero, manifestando que la responsabilidad penal de la persona jurídica se debe a la ausencia de instrumentos adecuados y eficaces para prevenir la comisión de delitos en su seno³³.

³¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en “El delito corporativo en el CP español”, FEIJOO SÁNCHEZ, B., Ed. Civitas, Madrid, 2015, pg. 84.

³² BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance* y..., op., cit., pg 51.

³³ Sigo la línea interpretada por Feijoo Sánchez el cual considera que la STS 154/2016 defiende el modelo de autorresponsabilidad, aunque con una gran discrepancia entre los Magistrados del Voto Particular de la indicada sentencia. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo...*, op., cit., pg. 97 y ss.

Argumenta que *el sistema de responsabilidad penal a la persona jurídica se basa en la necesidad de constatar la previa comisión de un delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial para dicha responsabilidad*, puesto que sigue considerando necesario la actuación por parte de una persona física. Sin embargo, expone que la culpabilidad de la persona física que cometió el delito es diferente a la culpabilidad de la persona jurídica.

Para determinar la responsabilidad de la persona jurídica, ha de establecerse *un análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia o control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica*.

Para la sentencia comentada, si se constata el establecimiento y correcta aplicación de medidas o herramientas de control idóneos y eficaces que puedan evitar la comisión de delitos por las personas que integran la organización va a poder verse exonerada de responsabilidad penal

En contra de lo que señala la Circular, la acreditación de responsabilidad penal de la persona jurídica corresponde a la acusación.

Como vemos, ambos modelos tienen un punto en común, y es crear un sistema de doble imputación; el ya existente de las personas físicas y otro para las personas jurídicas, de manera que la responsabilidad de uno no excluye la del otro, ni es preciso que convivan ambas, es independiente. Como además señalan BALCARCE y BERRUEZO “*debe estar expresamente prevista por la ley que define la infracción, y estar condicionada a dos requisitos: infracción cometida por órgano o representante de la persona jurídica, y en interés o a cuenta de la persona jurídica*”³⁴.

Entiendo que el artículo 31 bis apuesta por un modelo de responsabilidad directa, sin que sea necesario la previa responsabilidad penal principal de la persona física, sino que

³⁴ BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance y...*, op., cit., pg. 107

ahora es posible hablar de un modelo de responsabilidad penal directa y coprincipal de la persona jurídica, junto a la propia de la persona física. Además como ya he expuesto antes, es posible declarar responsabilidad penal a la persona jurídica sin que se responsabilice también a la persona física.

En este sentido, dice el Código Penal que: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”³⁵.

Por último, no puedo dejar de dar importancia a la recomendación de que las personas jurídicas cuenten con programas y modelos de prevención de riesgos y conductas delictivas atendiendo a su naturaleza, tamaño o actividad. Éstos podrán servir como herramienta para constatar que las empresas han integrado en su organización una cultura de respeto al Derecho, de que su estructura organizativa y las personas que la integran actúan diligentemente, y sobre todo de la posibilidad de ser una prueba válida para eximirse de responsabilidad penal.

3. CAMBIOS ESTRUCTURALES DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 31 BIS CP

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP, introduce importantes mejoras técnicas en la regulación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya introducida en 2010, con la intención de alterar los criterios de transferencia de responsabilidad así como delimitar el contenido de “debido control” atendiendo las dimensiones de la empresa, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, como explica la Exposición de Motivos³⁶. A continuación se describen los “modelos de organización y control”, cuyo cumplimiento permite exonerar de pena a la persona jurídica, y por último se amplía el ámbito de aplicación de dicha responsabilidad a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

³⁵ Artículo 31 ter.1, primer apartado.

³⁶ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Con ello se pretende aclarar que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es un sistema vicarial como sostiene la Circula de la FGE 1/2016.

Con la reforma, la materia ahora queda regulada en cuatro artículos. Pero como dice GÓNZALEZ CUSSAC *“este incremento no significa una transformación de contenidos. Es decir, junto a modificaciones sustantivas de la regulación de 2010 también nos encontramos con simples cambios de numeración que reproducen literalmente el texto anterior”*³⁷. Por tanto, podemos decir que:

- El nuevo artículo 31 bis modifica los criterios de atribución de responsabilidad, concreta el contenido de “debido control” y describe las características que deben tener los “modelos de organización y gestión”.
- El nuevo artículo 31 ter reproduce literalmente los apartados 2º y 3º del artículo 31 bis de 2010.
- El nuevo artículo 31 quater, también desarrolla textualmente el apartado 4º del anterior artículo 31 bis de 2010.
- El nuevo artículo 31 quinquies amplía el ámbito de aplicación de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales.

Por último, señalar que el legislador español ha construido un modelo de responsabilidad muy parecido al instalado en el Decreto Legislativo nº 231/2001, de 8 de junio del ordenamiento italiano.

3.1. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de explicar de manera detallada los cambios sufridos en este artículo creo conveniente señalar de antemano que existe un *numerus clausus* en cuanto a los delitos que las personas jurídicas pueden cometer. Solo responderán por aquellos que el CP contempla:

1. Tráfico ilegal de órganos humanos (artículo 156 bis.3)
2. Trata de seres humanos (artículo 177 bis.7)
3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (artículo 189 bis)
4. Descubrimiento y revelación de secretos (artículo 197 quinquies)
5. Estafa (artículo 251 bis)

³⁷ GONZÁLEZ CUSSAC J.L., *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pg. 156

6. Frustración de la ejecución (artículo 258 ter)
7. Insolvencias punibles (artículo 261 bis)
8. Alteraciones, supresiones o daños informáticos (artículo 264 quater)
9. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (artículo 288)
10. Receptación y otras conductas afines (artículo 302.2)
11. Financiación ilegal de los partidos políticos (artículo 304 bis.5)
12. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (artículo 310 bis)
13. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis.5)
14. Delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319.4)
15. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículo 328)
16. Vertido de materiales o radiaciones ionizantes (artículo 343.3)
17. Fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos (artículo 348.3)
18. Delitos contra la salud pública (artículos 366 y 369)
19. Falsificación de moneda (artículo 386.5)
20. Falsificación de tarjetas de crédito y debido y cheques de viaje (artículo 399 bis.1)
21. Cohecho (artículo 427 bis)
22. Trafico de influencias (artículo 430)
23. Delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución (artículo 510 bis)
24. Financiación del terrorismo (artículo 576.5)

La legislación española en este aspecto ha ido avanzando. Lo primero es que hemos pasado de considerar responsables únicamente a las personas físicas a tener en cuenta los actos que los entes colectivos podían cometer. Además, el catálogo de delitos implantado ha ido creciendo y queriendo aproximarse a aspectos ya regulados en otros países como la figura del “compliance officer”, de manera que figuras como ésta tan fundamentales dentro de la propia empresa también sean reguladas normativamente.

Sin embargo, considero que aún faltan muchos delitos por regular. El daño que la mala actuación y gestión de las empresas puede ocasionar no debe dejarse en el olvido y por ello, no termino de comprender que algunos delitos, como los cometidos contra los trabajadores o contra la seguridad alimentaria, asuntos tan relacionados y frecuentes en una empresa, aún no se hayan considerado.

3.2. FORMAS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

El CP, artículo 31 bis, contempla dos supuestos de responsabilidad:

1. Por *“los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, este autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentes facultades de organización y control dentro de la misma”* (artículo 31 bis.1.a).

En este apartado se introducen significativos cambios en cuanto que se delimitan las personas que pueden transferir la responsabilidad a la persona jurídica. La sociedad se va a convertir en responsable si estos directivos realizan actos delictivos en su nombre y beneficio, originándose así un vínculo entre el delito y la persona jurídica de carácter estructural.

Lo primero de todo a destacar es que antes los “representantes legales o administradores de hecho o de derecho” son los que podían originar con su actuación esta responsabilidad. Pero con la nueva regulación, como expresa GONZÁLEZ CUSSAC, *“se amplía la esfera de sujetos idóneos para que su actuación delictiva pueda contaminar a la persona jurídica por este primer nivel de transferencia de responsabilidad penal”*³⁸. Por tanto, no se recoge de manera expresa al “administrador de hecho” pero se incluyen representantes legales y administradores y todas aquellas personas que pueden tener gran capacidad de decisión y gestión dentro de la empresa, como por ejemplo personas que tengan delegadas facultades por parte del Consejo de Administración.

Por tanto, se refiere a personas con gran poder decisorio para obligar y vincular a la sociedad, aunque no sean administradores.

A mayores, FEIJOO SÁNCHEZ argumenta que en la redacción de 2010 la persona jurídica era responsable si quienes se encontraban en lo más alto de la organización cometían un delito, siempre que aquella no hubiera hecho todo lo posible para que los administradores cumplieran con la legalidad. Pero en la actualidad, continúa diciendo, es necesario que *“no se haya creado un órgano que controle la legalidad de las*

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma...*, op., cit., pg. 164

*actuaciones de los administradores y altos directivos o bien que, existiendo éste, haya omitido o no haya ejercido suficientemente sus funciones de supervisión, vigilancia y control*³⁹.

Es decir, además de los sujetos anteriormente citados, también pueden atribuir responsabilidad penal a la corporación aquellos que ostenten facultades de organización y control. Sería el caso de los Compliance Officer, encargados de vigilar y velar por el control de la persona jurídica.

También se sustituyen los términos “en provecho” por “en beneficio directo o indirecto” aunque según argumentan muchos autores tan sólo se trata de una aclaración de la expresión⁴⁰.

2. Por “*los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*” (artículo 31 bis.1.b)

En este caso, el origen de la responsabilidad se encuentra en la comisión de delitos por parte de los empleados de la sociedad, cuando no se ha ejercido sobre ellos el control pertinente por las personas físicas que tienen el poder y el deber de controlar la sociedad.

Lo novedoso en este segundo nivel de transferencia de responsabilidad es que se requiere que las personas físicas descritas en el primer apartado hayan *incumplido gravemente* el deber de supervisión, vigilancia y control de la sociedad, mientras que en la redacción de 2010 bastaba con no haberse ejercido *el debido control*⁴¹. Así se pueden resolver las dudas acerca de si cualquier tipo de incumplimiento genera responsabilidad

³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el CP español*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pgs. 110 y 111.

⁴⁰ Vid. AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pg. 70. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el CP español*, Ed. Civitas, Madrid, 2015, pg. 123. GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pg 178.

⁴¹ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma...*, op., cit., pg. 169.

a la entidad. Como señala AYALA DE LA TORRE, “*constituye un plus respecto de la simple omisión del deber de vigilancia*”⁴².

Por tanto, de la redacción de la letra b) de este primer apartado se deduce y se requiere lo siguiente: el subordinado que comete el delito tiene que actuar en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica; esas actividades sociales tienen que estar bajo la autoridad de las personas físicas mencionadas en el primer apartado; y además, como explica FEIJOO SÁNCHEZ ese delito tiene que ser una *concreción o realización de la infracción* de dichos deberes, *de manera que no se podrá imputar el delito a la persona jurídica si el cumplimiento de los deberes no habría evitado el hecho delictivo o en el caso concreto careciera de relevancia*⁴³. Pero como continúa diciendo este autor, una cosa ha de quedar clara y es que estas personas deben trabajar o desempeñar funciones para la empresa a la que se exige responsabilidad penal, es decir, debe existir una vinculación⁴⁴.

Ante este supuesto, las empresas deberán adoptar una serie de medidas de control y gestión para impedir o dificultar la comisión de hechos tipificados como delitos por parte de subordinados, y en el caso de que se cometan, que la sociedad pueda localizar al culpable y reparar el daño causado. Es lo que podemos denominar “imputación penal por falta o defecto de organización”. De ahí que la implantación de programas de cumplimiento sea un criterio esencial para medir dicha infracción, porque va a permitir modular, o incluso, eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

De nuevo, se sustituyen los términos “en provecho” por “en beneficio directo o indirecto” con la misma finalidad.

3.3. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

3.3.1. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

La actual LO 1/2015 recoge supuestos de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis 2):

⁴² AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance*, op., cit., pg. 73.

⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo...*, op., cit., pg. 112

⁴⁴ Ibid, p. 121 y ss.

1. *“Si el delito ha sido cometido por las personas indicadas en la letra a) del primer apartado, la persona jurídica quedará exenta si se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones:*

1ª. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Por tanto, el modelo debe haber sido implementado eficazmente con el propósito de reducir al máximo el riesgo de realizar infracciones, y además, con anterioridad a la comisión del delito, pues en caso contrario solo podría servir como atenuante de la pena siempre que se haya constituido antes del comienzo del juicio oral (artículo 31 quater d).

2ª. La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

Lo importantes es que dicho órgano sea independiente respecto a la dirección de la persona jurídica⁴⁵. Pero en el caso de empresas de pequeñas dimensiones estas funciones pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración. La explicación de ello, como apunta GONZÁLEZ CUSSAC, podría basarse en “razones económicas, estructurales e incluso constitucionales”⁴⁶.

3ª. Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.

De nuevo la esencia viene a ser el quebrantamiento del debido control que ya formuló la Exposición de Motivos⁴⁷. Por lo que aquellas personas con poder

⁴⁵ AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance y derecho penal*, op., cit., pg. 71 y ss.

⁴⁶ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma...*, op., cit., pg. 189.

⁴⁷ Vid nota 44.

de decisión y control deben actuar con la intención de esquivar las medidas preventivas y obtener un beneficio.

4ª. No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª.

En este último requisito prima el buen comportamiento de la sociedad para poder apreciar la exención de responsabilidad.

En suma, para que las personas jurídicas queden exentas por los delitos cometidos por alguno de sus representantes legales o administradores, tiene que verificar si se cumplen dichas actuaciones.

2. Si el delito ha sido cometido por las personas indicadas en la letra b) del primer apartado, el artículo 31 bis. 4 dice que *“la persona jurídica quedará exenta si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”*.

Aunque la estructura es prácticamente similar que para el caso anterior, el contenido varía de tal forma que ahora ya no es necesario con que el modelo de organización y gestión sea idóneo para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, sino que basta con que sea apropiado. Como señala GONZALEZ CUSSAC, *“respecto a los subordinados el fundamento residiría, o bien en la noción de indebido control, o bien en la de defecto de organización”*⁴⁸.

3.3.2. EXIMENTES INCOMPLETAS

El Código señala que cuando estemos ante delitos cometidos tanto por directivos como por empleados, y las anteriores circunstancias de exención *“solamente puedan ser objeto de acreditación parcial”*, se aplicará una atenuación de la pena. (Artículo 31 bis.2 segundo párrafo, y 4 segundo párrafo)

⁴⁸ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma...*, op., cit., pg. 191.

3.3.3. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Como antes he expuesto, la infracción del deber de control atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica. Por ello, el CP en su artículo 31 bis apartado 5º dispone los requisitos que los modelos de organización y gestión han de cumplir para servir de exención.

En este sentido sería conveniente que España siguiera la línea de Chile, el cual cuenta con una entidad que acredita que los modelos de organización y gestión cumplen con su finalidad, y permiten comprobar que son acordes a su naturaleza y a la finalidad de la sociedad que lo implanta⁴⁹.

1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Se trata de analizar y evaluar los riesgos más frecuentes que pueden aparecer en esa concreta empresa para poder controlarlos. De ahí la relación que debe existir entre la defectuosa implantación de un programa de cumplimiento y el delito cometido en ese caso concreto, de manera que la empresa no será responsable si finalmente se consuma un delito que no pudo prever porque su riesgo era escaso.

Por ello, es recomendable seguir la línea propiciada por EEUU de contar con una guía que valore el cumplimiento del programa, las normas y políticas con las que cuenta, la información y formación actualizada, los controles e investigaciones, etc.

2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

En este sentido hablamos de códigos éticos, manuales de buenas prácticas... normas que puedan prever esos procesos de formación de la voluntad de la persona jurídica.

3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

⁴⁹ LEY NÚM. 20.393, Título I, artículo 4º.

Necesidad de disponer de recursos financieros para poder atender a la finalidad del plan de prevención de delitos.

4°. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Según establece GUTIERREZ PÉREZ “*Se refiere a los llamados canales de denuncia. Según un estudio de ACFE (Association of Certified Fraud Examiners) más del 50% de las delaciones sobre conductas irregulares en las organizaciones se canaliza a través de los empleados*”⁵⁰.

5°. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Sería inconcebible pensar en un modelo que no corrigiera las infracciones o desobediencias graves que pudieran poner en riesgo a la entidad. Si no hubiera una cierta implicación o compromiso en solucionar las conductas imprudentes dicho modelo carecería entonces de sentido.

6°. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Todo ello con el fin de corregir y adaptar el programa a las necesidades de la empresa, a la política de cumplimiento. Puesto que, como indica AYALA DE LA TORRE, “*la existencia de la comisión de un delito pese a la implementación del Programa de cumplimiento no convierte al programa en ineficaz (...). El programa ha de ser eficaz para prevenir el delito, no siendo preciso que sea perfecto*”⁵¹.

⁵⁰ GUTIERREZ PEREZ, E., “Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. la “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, *Revista General de Derecho Penal* 24, 2015, p. 7.

Sobre la cuestión pueden verse datos y cifras que revelan los sujetos que cometen más hechos delictivos en las corporaciones, ver más en esta revista, pgs 7 y ss. Así como los aportados por la Pwc.

⁵¹ AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance y derecho penal*, op., cit., pg. 80.

Pero además, para valorar si existe realmente una cultura de cumplimiento efectivamente implantada es preciso contar con un cierto grado de apoyo y compromiso por parte de los integrantes de la sociedad, tanto trabajadores como alta dirección. Y es que como indica GONZÁLEZ CUSSAC, *“estos Programas de Cumplimiento Penal y de Prevención de Delitos, que en el siguiente apartado estudiaremos con más detenimiento, son considerados como herramienta clave en materia de defensa penal de las corporaciones empresariales”*⁵².

3.3.4. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Además de las circunstancias que permiten minorar la pena, el artículo 31 quater recoge una serie de circunstancias específicas que permiten atenuarla, pero para ello es necesario *“haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades”*:

- a) Confesión ante las autoridades
- b) Colaboración con la investigación de los hechos
- c) Reparación o disminución del daños ocasionado
- d) Creación, con anterioridad al juicio oral, de mecanismos eficaces para evitar posibles futuros delitos.

3.3.5. EXCLUSIONES DE RESPONSABILIDAD PENAL

El artículo 31 quinquies señala:

1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica

⁵² GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma...*, op., cit., pg. 180.

creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Hay que destacar dos sucesos en relación a este artículo. El primer de ellos tuvo lugar con la LO 7/2012 de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, cuando los partidos políticos y los sindicatos dejaron estar amparados por la exención de responsabilidad⁵³. El segundo de ellos trae causa en esta reforma, la cual extiende la responsabilidad penal a las sociedades mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, *“a las que se les podrá imponer pena de multa o intervención judicial”*⁵⁴.

3.4. PENAS Y SANCIONES

Gracias al artículo 31 bis CP se otorga a las personas jurídicas un sistema de sanciones individual e independiente.

La novedad a destacar es que, el catálogo de penas incorporadas en el artículo 33.7 CP coincide con las anteriores consecuencias accesorias del artículo 129 CP, con la diferencia de que en la actualidad se han incorporado dos más; la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones. Todas ostentan la consideración de graves:

a) Multa por cuotas o proporcional.

Se trata de una sanción que afecta al patrimonio de la empresa. En este sentido el artículo 31 ter establece que *“cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”*. Es el único caso en el que el legislador menciona de manera indirecta el principio de proporcionalidad en la sanción⁵⁵.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

⁵³ Destacar el caso Gürtel y de los Eres sucedidos en España.

⁵⁴ JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PEREZ, A.L., *La reforma penal de 2015: Análisis de las principales reformas...* op., cit., pg. 56

⁵⁵ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *“El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”*, *Introducción al Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2015, pg. 375.

Se considera la pena más dura en tanto que supone la muerte de la sociedad así como la pérdida de la capacidad de actuar en el tráfico jurídico. Por lo tanto, se deberá reservar para los casos más graves por acarrear consecuencias económicas y sociales, y sobre todo perjuicios para el personal que trabaja en dicha entidad.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

Se trata de interrumpir de manera temporal (máximo 5 años) todas sus actividades. Sin embargo, como esto podría equivaler a su disolución, y por tanto deberíamos estar ante supuestos muy graves, se permite que dicha sanción solo afecte a aquellas actividades relacionadas con el hecho delictivo.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

Como el supuesto anterior, consiste en la clausura temporal (máximo 5 años) de todos sus locales y establecimientos. Pero también se prevé la posibilidad de que dicha sanción afecte únicamente a algunos de ellos.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

Se trata de no practicar, exclusivamente, las actividades por las cuales se cometió el delito. Dicha prohibición puede ser transitoria o permanente, a criterio del juez.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

La finalidad es que toda empresa que ha cometido un delito no goce de determinadas ayudas durante un periodo de tiempo que no podrá superar los 15 años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

El objetivo primordial es proteger intereses sociales perjudicados. Esta pena, que podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones,

secciones o unidades de negocios, trata de poner fin a la actividad delictiva de la empresa sin dañar a terceros posibles afectados como trabajadores, acreedores o socios que no han intervenido en el delito⁵⁶.

4. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE PROGRAMS

Como consecuencia de la compleja estructura que poseen las empresas es necesaria la existencia de algún instrumento que proteja y se ocupe de los riesgos que en ella se pueden generar para poder prevenir y detectar posibles comportamientos delictivos.

Hablamos de normas internas que regulan las propias empresas y que perciben el nombre de programas de cumplimiento. Estos hacen referencia a *“un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento”*⁵⁷.

4.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los programas de cumplimiento nacen y se desarrollan en Estados Unidos para dar solución a todas aquellas prácticas abusivas, fraudes y escándalos de corrupción a nivel internacional que se desarrollaban con mayor frecuencia por la falta de regulación de las sociedades⁵⁸. Gracias a la globalización se han extendido a los ordenamientos europeos. La idea era que las empresas se autorregularan internamente y acogieran su propia normativa para cumplir con la legalidad, siendo necesario para ello, según aclara NIETO MARTÍN, *“elaborar y ejecutar normas básicas, imprescindibles para el buen funcionamiento del mercado y la protección de intereses colectivos”*⁵⁹.

Para que sea más fácil cumplir con estos objetivos, existen normas a nivel internacional que indican los elementos, las funciones... que los programas de cumplimiento deben tener, les ayudan y recomienda, pero en ningún caso son de obligado cumplimiento.

⁵⁶ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, *Introducción al Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2015, pg. 376.

⁵⁷ AS3806-Compliance Programmes, Standards Australia 1988, parg. 1.2., en NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pg. 26.

⁵⁸ En este sentido, destacar la *Sherman Antitrust Act* de 1980, por ser la primera ley que declaró ilegales los monopolios y todas aquellas prácticas que pudieran restringir el comercio.

También resaltar la sentencia dictada por el TS de EEUU *New York Central & Hudson River Railroad v. United States* de 1909, que consagró definitivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendencia que desde hacía años se iba expandiendo.

⁵⁹ NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal...*, op., cit., pg. 26.

Nos estamos refiriendo a las llamadas *soft law*. Dentro de estas podemos encontrar los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE de 1999 que ayudan a mejorar la estructura del gobierno corporativo, y las normas UNE-ISO 19600, que contienen directrices para que las organizaciones cumplan con sus obligaciones y detecten y gestionen los riesgos de su posible incumplimiento.

4.2. LA RELEVANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Los programas de cumplimiento son imprescindibles hasta el punto de que, la elaboración y supervisión de su contenido y de los códigos éticos, que en suma son los que recogen los principios y las reglas por las que se rige la sociedad, evitan la aparición de una cultura criminal dentro de ésta. Además miden el cumplimiento corporativo que, junto con el buen gobierno y la ética empresarial, constituyen los elementos vitales para hablar de un régimen adecuado de control y gestión de riesgos.

Siguiendo el esquema de NIETO MARTÍN, son también decisivos al constituir una exigencia del deber de cuidado del empresario, de cara a prevenir los posibles riesgos laborales, o para evitar las confusiones de delegaciones en los puestos de trabajo. Termina corroborando su relevancia penal “*en los delitos que castigan las falsedades en la información societaria (...) así como en los delitos que protegen la veracidad de la información social*”⁶⁰.

En lo que a la reforma operada por la LO 1/2015 se refiere, son la principal novedad al permitir exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica si éstas tienen implantado un programa de prevención de delitos, o en algún caso, producir su atenuación si se implementan con posterioridad a la comisión del delito. En este sentido, advierte la Circular 1/2016 FGE, “*la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios*”. Y añade más adelante que lo que verdaderamente se busca con dichos programas es “*promover una verdadera cultura ética empresarial*”⁶¹.

⁶⁰ NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal...*, op., cit., pg. 64 y 65.

⁶¹ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pg. 39.

4.3. ESTRUCTURA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Todos los programas de cumplimiento están integrados por un conjunto de elementos que forman su contenido común mínimo, con la finalidad de prevenir y detectar los riesgos y las actuaciones delictivas.

Lo que primero deberá hacer la sociedad es organizar su programa, los principios en los que se asienta así como la normativa aplicable. Posteriormente, deberá recoger los códigos éticos de los trabajadores, los organismos de vigilancia y control, y el sistema sancionatorio y disciplinario en caso de incumplimiento de las obligaciones. También se fijará un mapa de prevención de riesgos laborales, describiendo las conductas delictivas en las que puede incurrir la entidad y estableciendo mecanismos que den solución y estabilicen la situación. Finalmente el programa deberá contener un canal de denuncias para que cualquier miembro de la sociedad comunique de las irregularidades. Por último, se construirán protocolos que defiendan los derechos e intereses de los trabajadores de la empresa y se revisará de manera periódica la eficacia del sistema para que se encuentre siempre actualizado.

Asimismo, el artículo 31 bis.5 CP, describe los requisitos que los modelos de organización y gestión deben comprender con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las medidas impuestas, así como evitar y eliminar las conductas que pongan en riesgo la sociedad.

4.4. EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Afirma AYALA DE LA TORRE que un programa es eficaz cuando “*la organización ejerza la diligencia debida para tratar de prevenir y detectar las conductas irregulares constitutivas de incumplimientos, en particular de carácter criminal, de sus empleados y de otros agentes*”⁶². Por tanto, el debido control será su máxima expresión.

Para poner en marcha los propósitos de la sociedad, todos los elementos que integran el control interno (análisis de riesgos, códigos éticos, formación, revisión periódica, mecanismos de detección y sanción...) tienen que evaluarse conjuntamente porque todos ellos están interrelacionados, no vale una valoración autónoma e independiente, y además el sistema de prevención deberá basarse en ellos y cumplir con lo establecido⁶³.

⁶² AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance y derecho penal*, op., cit., pg. 24.

⁶³ NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal...*, op., cit., pg. 83.

No obstante, para hablar de eficacia, el programa deberá ser diseñado concretamente para esa empresa, teniendo en cuenta sus características estructurales, las actividades a las que se dedica, su tamaño... y, en último término, supervisando si su cumplimiento es apropiado para ella.

A continuación vamos a seguir tenuemente las líneas establecidas por la Circular 1/2016 de la FGE para valorar la eficacia de los programas de cumplimiento, sin perjuicio de atender en cada momento las concretas circunstancias del caso⁶⁴:

En primer lugar, los modelos de organización y gestión pueden ser utilizados como un medio de defensa para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica. De manera que lo esencial es establecer mecanismos de gestión, supervisión y control ajustados a sus necesidades para cumplir con el deber de garantía y poder minimizar el riesgo de la comisión de actos ilícitos.

En segundo lugar, no solo pretenden la exoneración de pena de la sociedad, sino también fomentar una cultura ética empresarial. Van a permitir valorar el compromiso de la sociedad revisando si se cumple o no con la legalidad.

En tercer lugar, para considerar que un programa es efectivo debe estar sometido a continuas revisiones periódicas, persiguiendo ser dinámico y actualizado.

En cuarto lugar, la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención. Por ello un factor importante es construir el programa atendiendo a las infracciones que se pueden cometer e intentar remediarlas, pero atendiendo a su actividad. O probar que el modelo ha funcionado correctamente aunque haya habido algún caso equivocado.

En quinto lugar, es necesario un sistema de incentivos y sanciones así como canales de denuncia y formación. De manera que la imposición de medidas disciplinarias adoptadas tras la comisión del delito contra los autores, o el interés por restituir el daño y colaborar con la investigación muestran el compromiso de la sociedad de querer cumplir con la legalidad, con la ética empresarial y con las líneas pretendidas por el programa de cumplimiento.

⁶⁴ Para la explicación de los criterios que permiten valorar la eficacia de los programas de compliance penales tener en cuenta la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pg. 51 y ss

4.5. ÓRGANOS DE CUMPLIMIENTO

El artículo 31 bis.2, apartado segundo, atribuye la *supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención* de delitos a un órgano específico de la persona jurídica que cuente con *poderes autónomos de iniciativa y de control*, creado específicamente para ello, o cuando dicho órgano ya exista, encomendarle la *función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*.

Siguiendo el modelo de organización implantado en Italia, el órgano de cumplimiento al que nos referimos en el CP español debe ser autónomo e independiente, es el denominado Oficial de Cumplimiento o Compliance Officer. Según afirman BALCARCE y BERRUEZO, “*es el que tiene a cargo el control del cumplimiento del programa respectivo (prevención) y la denuncia de las irregularidades que se cometan en la empresa (represión)*”⁶⁵.

Puede encargarse de una o varias secciones y estar formado por un número impreciso de personas, lo único claro es que debe ser un órgano de la persona jurídica; la forma elegida dependerá del tamaño y naturaleza de la empresa.

Como indica la Circular 1/2016 de la FGE lo importante es que *la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano*⁶⁶. Pues de lo contrario, continua diciendo, la finalidad de controlar el plan y su evolución así como tener controladas las circunstancias que puedan generar riesgo alguno en grandes multinacionales, perdería fuerza y eficacia; el modelo devendría deficiente.

Se estima conveniente y necesario que dicha tarea se confíe a una persona, haciéndola responsable de la supervisión, coordinación y cumplimiento del modelo implantado. Hacemos alusión al Chief Compliance Officer o Director de Cumplimiento, como el superior jerárquico bajo el que se encuentran el resto de personas que forman el órgano de cumplimiento o los demás órganos de cumplimiento que existan en la empresa. De manera que cuando se cometa una infracción como consecuencia de la deficiente aplicación de un modelo de organización y gestión, la responsabilidad penal será de este

⁶⁵ BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. *Criminal compliance y...*, op., cit., pg. 171.

⁶⁶ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pg. 48.

sujeto, por ser el responsable personal sobre el que descansa el control interno del sistema⁶⁷.

En cuanto a la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento, está relacionada con los delitos de omisión, ante la falta de implantación o buena organización del programa de cumplimiento o del debido control. La CFGE 1/2016 considera que con su actuación puede atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica a través del supuesto del apartado 1.a), al ostentar facultades de organización y control dentro de la misma, o porque se trata de una las personas de esta letra a) y al omitir gravemente el debido control sobre los subordinados, permite la comisión de un delito por estos transfiriendo así la responsabilidad penal a la persona jurídica. *Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4ª del art. 31 bis 2⁶⁸)*. Por el contrario, si se demuestra que el programa de prevención de delitos estaba perfectamente estructurado pero se ha incumplido por causas ajenas al mismo carecería de responsabilidad.

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURIDICAS

El 29 de febrero de 2016, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó la sentencia nº 154/2016 atribuyendo, por primera vez, responsabilidad penal a las personas jurídicas. Ponente José Manuel Maza Martín.

La sentencia da lugar a la responsabilidad penal de determinadas personas físicas por la comisión de un delito contra la salud pública por tráfico de una sustancia estupefaciente, (cocaína) que causa grave perjuicio para salud, además de otros delitos como falsificación de documentos oficiales y quebrantamiento de medidas cautelares. Dicha actividad se llevaba a cabo mediante entidades que enviaban máquinas de obras públicas a Venezuela y eran reimportadas posteriormente a España conteniendo droga en su interior. Entidades también penalmente responsables por su participación como instrumento jurídico respecto del delito contra la salud pública.

⁶⁷ En relación con este punto, hacer referencia a la Sentencia del Tribunal de Milán 1774/2008, del 13 de febrero de 2008, que responsabiliza al Presidente y Consejero delegado de una organización por no preocuparse de establecer un modelo de cumplimiento, lo que facilitó la comisión de delitos por parte de dicha organización, en AYALA DE LA TORRE, J.M., Compliance y derecho penal, op., cit., pg. 24.

⁶⁸ Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pg. 49.

Por ello, conviene comentar los puntos centrales de la citada sentencia para ilustrar los argumentos dados en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas basándonos en el tan citado artículo 31 bis CP:

En primer lugar, se cumplen los dos primeros requisitos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal para poder atribuir responsabilidad penal a las entidades: la comisión del delito contra la salud pública, al encontrarse dentro del catálogo de delitos capaces de generar responsabilidad pena a la persona jurídica en cuyo seno se comete, y que las personas físicas que actuaban como administradores de hecho o de derecho de las entidades aludidas formaban parte de la misa.

En segundo lugar, manifiesta la ausencia de un modelo dotado de medidas que prevengan y controlen la comisión de delitos. Y lo que no admite duda, es que la reforma del artículo 31 bis CP, fundamenta el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, *“sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización”*, señala la sentencia.

De manera que, aunque la existencia de dichos mecanismos pueda servir como exención o atenuante de la responsabilidad, no debemos olvidar que el núcleo de la responsabilidad de las personas jurídicas es determinar si el delito cometido por las personas físicas integrantes de la misma ha sido posible por la falta de implantación de un adecuado programa de cumplimiento que tenga como objetivo primordial cumplir con la legalidad, al margen de la también elemental cultura ética empresarial.

En tercer lugar, la sentencia diferencia entre empresas que realizan realmente una actividad mercantil y se dedican al comercio, y aquellas sociedades “pantalla” o meramente instrumentales creadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. Refiriéndonos a estas últimas, considera que están al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis y por ello no hay que entrar a valorar si cuentan con mecanismos de vigilancia y control de delito o no. Nacen, establece la resolución, *“exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia”*, por lo que no merecen otro trato que el de su disolución.

En conclusión, el TS condena a cuatro personas físicas como autores responsables de un delito contra la salud pública, actuando en organización, simulando operaciones comerciales internacionales y mediante el uso de buques para su tráfico.

Asimismo, condena a tres entidades concretando su disolución y la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de realizar actividad comercial alguna (cuando quepa) por su participación en delitos contra la salud pública, ante la importación y exportación de maquinaria de España a Venezuela donde se escondía la cocaína, con independencia de la novedosa pena de multa que resulte apropiada imponer. Sin embargo, procede a la exclusión de la pena de disolución de una de ellas, debido a que se trata de una persona jurídica que daba empleo a más de cien trabajadores y éstos no merecen sufrir los perjuicios derivados de tal castigo.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La compleja organización de las sociedades, su estructuración y jerarquía, su cooperación y ocultación bajo otras entidades de buena fe, la cada vez mayor comisión de delitos a través de estas figuras y el incalculable daño social que estos ocasionan, hace necesario prever algún mecanismo que permitan hacer frente a estas figuras, y dejar de lado el principio basado en que las sociedades no pueden delinquir.

SEGUNDA: Por ello es evidente que prevenir, investigar y destapar los delitos cometidos a través de las personas jurídicas sea uno de los objetivos primordiales de los instrumentos jurídicos internacionales y del derecho penal en general.

TERCERA: En cuanto a la regulación en España, ya indique en el apartado 2 que la responsabilidad de los entes jurídicos depende en gran medida del modelo de responsabilidad que defendamos. Por mi parte, estoy a favor de crear un sujeto nuevo de derecho y que su culpabilidad sea diferente e independiente a la de las personas físicas, bien porque a veces es casi imposible determinar al sujeto exacto bien por no establecer las pertinentes medidas de control de su actividad.

CUARTA: La nueva definición de personas físicas del apartado a) amplía notablemente el círculo de sujetos que pueden atribuir responsabilidad a las personas jurídicas, ya no solo se habla de administradores y representantes, sino también de mandos intermedios con poder de decisión o control. También puede responder la sociedad cuando incumple sus deberes de supervisión, vigilancia y control de manera grave, por lo que igualmente los subordinados podrán atribuir responsabilidad a la persona jurídica.

QUINTA: Gracias a la introducción del compliance en el derecho penal se podrá evaluar la cultura de cumplimiento de la organización. Ahora bien, para que este programa de cumplimiento sea eficaz también debe ir enfocado a reducir y prevenir los riesgos y delitos que se puedan derivar de su actividad. Además, su adecuada y correcta implantación puede eximir o atenuar la responsabilidad penal. Por ello, es necesario que estos programas cumplan con los requisitos establecidos legalmente, que se adapten a la naturaleza y tamaño de la empresa, a su normativa y actividad a la que se dedica.

SEXTA: Todas las medidas implantadas permiten conocer el compromiso de la sociedad, por lo que si ésta quiere liberarse de responder penalmente por algún delito que haya cometido se deberá acreditar que hizo todo lo posible para impedirlo.

SÉPTIMA: Igualmente considero que, a pesar de los grandes avances en esta materia y de la lucha contra la criminalidad empresarial, aún falta mucho camino por recorrer. Es cierto que se trata de una regulación prácticamente nueva en nuestro ordenamiento pero ello no quiere decir que no sea vital. Cada día vemos como delitos patrimoniales y socioeconómicos (son los más abundantes pero no los únicos; no olvidemos por ejemplo aquellos que afectan a la integridad física) son cometidos a través de estas figuras lesionando gravemente derechos fundamentales a una gran multitud de personas, y sin embargo solo un caso ha llegado a manos del Tribunal Supremo. Tal vez ahora con esta nueva regulación, que muchos consideran se podría mejorar, las infracciones vayan disminuyendo y se aporte mayor seguridad jurídica sobre todo en cuanto los efectos de los programas de cumplimiento y los requisitos que estos tienen y quieren cumplir.

OCTAVA: A lo largo de mi investigación me he dado cuenta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un campo amplísimo que no se puede abordar en un solo trabajo, que los pequeños cambios introducidos traen más consecuencias y efectos de los que se cree, y sobre todo que los programas de cumplimiento son elementales. Es tanta la regulación de ellos, aunque haya sido prácticamente reciente su introducción, que la cuestión de obligar a la sociedad a implantar medidas de supervisión, vigilancia y control, y por tanto, de un compliance programm, afecta no solo a dichas organizaciones sino a la ciudadanía en general.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA DE LA TORRE, J.M., Compliance, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. Criminal compliance y personas jurídicas, B de F, Córdoba, 2016.

DONAIRES SÁNCHEZ, P., Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Derecho y cambio social, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El delito corporativo en el CP español”, Ed. Civitas, Madrid, 2015.

GÓMEZ CONTRERAS, M. A. y LICHTENBERG BARAONA, C., Responsabilidad penal de las personas jurídicas: confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y el derecho comparado. Repositorio académico de la Universidad de Chile, 2012.

GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., Comentarios a la reforma del CP de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GUTIERREZ PEREZ, E., “Los compliance programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La “eficacia e idoneidad” como principios rectores tras la reforma de 2015, Revista General de Derecho Penal 24, 2015.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. SciELO: Scientific Electronic Library Online.

JAÉN VALLEJO, M; PERRINO PEREZ, A.L., La reforma penal de 2015: Análisis de las principales reformas introducidas en el CP por las leyes orgánicas 1 y 2/2015, Dykinson, Madrid, 2015.

NIETO MARTÍN, A., Manual de cumplimiento penal en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VILLEGAS GARCÍA, M.A., Los criterios de imputación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y sus efectos en los Estados Unidos de América. E-Prints Complutense, el repositorio de la producción académica en abierto de la UCM, Madrid, 2015.

ZULGADÍA ESPINAR, J.M., Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español, Ministerio de Justicia Gobierno de España, 2011.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Aranzadi, Navarra, 2003.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, Introducción al Derecho Penal, Iustel, Madrid, 2015.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016.

STS de EEUU New York Central & Hudson River Railroad v. United States, de 1909.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE MILÁN 1774/2008, de 13 de febrero de 2008.